Avv. LUIGI MEDUGNO
00198 Roma - Via Panama, 58
Tel. 06.8840832 - Fax 06.8844924

COPIA

Studio Legale Pace

Granaiotti

CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE

-ROMA-

Sez. *VI*

R.G. n. 10395/04

Ud. 6 maggio 2008

Memoria

della **MEDIASET S.p.A.**, rappresentata e difesa, come da delega in atti, dall'Avv. Luigi Medugno e dal Prof. Avv. Giuseppe Rossi ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. Medugno in Roma, via Panama, n. 58;

nel giudizio

proposto da **Centro Europa 7 S.r.l.**

contro

- il **Ministero delle Comunicazioni;**
- l' **Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCom);**

¤ ¤ ¤

Indice:

5. Improponibilità dell'azione di risarcimento in forma specifica per inesistenza dei presupposti di fatto e di diritto;

6. Conseguenze sul presente giudizio dell'interpretazione del diritto CE fornita dalla Corte di Giustizia comunitaria;

7. L'effettivo stato del diritto interno per quanto riguarda la pianificazione e l'accesso alle frequenze;

8. Difetto di inadempimento agli obblighi concessori imputabile alla P.A.;

9. Non configurabilità di una responsabilità della P.A. per illecito comunitario nel caso presente - Difetto dei requisiti;

10. Difetto di nesso causale – Fatto doloso/colposo del danneggiato;

11. Sulle questioni di costituzionalità sollevate dall'appellante;

* * *

1. Sulla delimitazione del *thema decidendum*.

Come esattamente posto in luce dalla decisione n. 3846/05 (cfr. pag. 51 sub par. 4.3), la presente controversia ha ad oggetto una domanda risarcitoria che è conoscibile dal Consiglio di Stato soltanto quale richiesta di risarcimento per equivalente, in quanto nel giudizio di appello "*sono state evocate sole le Amministrazioni, e non i titolari delle reti eccedenti che indubitabilmente, sarebbero incisi da una statuizione di condanna in forma specifica*" sicché -prosegue la decisione- in questa sede il giudice di appello dovrà limitarsi "*a conoscere dell'unica domanda allo stato procedibile ossia la domanda di risarcimento per equivalente (riservando al prosieguo*

ogni ulteriore provvedimento in merito alla azione di reintegra in forma specifica)".

Del resto, anche nel giudizio di prime cure la pretesa risarcitoria di Centro Europa 7 venne azionata esclusivamente nei confronti delle Amministrazioni pubbliche intimate, in difetto di estensione del contraddittorio ai soggetti passivamente legittimati a fronte di un'eventuale domanda di condanna in forma specifica.

Ciò sta a significare che l'appellante è decaduta dalla possibilità di far valere il prospettato *petitum* alternativo alla domanda di risarcimento per equivalente, in quanto la mancata evocazione nel giudizio di prima istanza dei contraddittori necessari (perpetuatasi anche in grado di appello) impedisce al Collegio di emanare una pronuncia indicente, con effetti menomativi.

In realtà, la platea dei potenziali controinteressati (*recte*:contraddittori necessari), rispetto alla domanda di reintegrazione in forma specifica, è ben più ampia.

La richiesta avanzata dall'odierna appellante, infatti, al di là delle formule giuridiche utilizzate, è indubbiamente rivolta ad ottenere l'assegnazione della "*rete di impianti di radiodiodiffusione (...) costituita da impianti ubicati* ***nei siti individuati dal Piano nazionale di assegnazione delle frequenze****, utilizzante un raggruppamento di tre canali di cui uno del gruppo A, uno del gruppo B e uno del gruppo C, tra i 17 canali generici allocati in ciascun sito, con i quali la concessionaria deve assicurare la copertura di almeno l'ottanta per cento del territorio nazionale e di*

tutti capoluoghi di provincia".

Orbene, volendo prescindere per il momento dall'effettiva qualificazione giuridica della domanda proposta, dalla sua ammissibilità e comunque dalla sua fondatezza (profili sui quali si tornerà diffusamente *infra*) è certo, comunque, che la pretesa avversaria è (ed era) inevitabilmente destinata a **coinvolgere** la posizione di tutti gli altri concessionari, che -com'è noto- operavano ed, in parte ancora, operano nell'esercizio dell'attività radiotelevisiva con gli impianti legittimamente eserciti alla data di presentazione della domanda di concessione.

Mai e poi mai, dunque, Centro Europa 7 potrebbe vedere soddisfatta la propria pretesa di tutela in forma specifica (quella cioè di avere assegnata la rete di impianti secondo quanto stabilito dal Piano di assegnazione delle frequenze) senza incidere e/o pregiudicare le singole posizioni degli altri concessionari, tutti qualificabili, dunque, come contraddittori necessari già del giudizio proposto dinanzi al TAR.

E' noto, invero, che l'attuazione di detto Piano, lungi dal poter riguardare la sola posizione di Centro Europa 7 avrebbe dovuto necessariamente **coinvolgere tutte le emittenti in esercizio**, mutando radicalmente la posizione di ciascuna di esse.

E' fuor di dubbio, peraltro, che è solo attraverso l'attuazione del già richiamato Piano Nazionale di assegnazione delle frequenze che l'odierna appellante ha chiesto, peraltro irritualmente, il risarcimento in forma specifica.

Discende da quanto precede l'inammissibilità della domanda in esame per omessa notifica ai contraddittori necessari.

Né varrebbe obiettare, per superare l'evidente violazione dei fondamentali principi vigenti in tema di contraddittorio (oggi elevati al rango di valore costituzionalmente protetto: cfr. nuova formulazione art. 111 Cost.), che trattandosi di azione di risarcimento e non di azione impugnatoria, non varrebbe la regola dell'onere di notificazione del ricorso ai controinteressati.

La statuizione di cui al sopra citato par. 4.3. dell'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia fuga ogni dubbio al riguardo. Né può indurre a diversa conclusione il rilievo che l'improcedibilità della domanda sia stata dichiarata solamente "*allo stato*": il chiaro riferimento al fatto che la causa si sia già celebrata in primo grado (*"pende in appello")* con il solo coinvolgimento delle Amministrazioni esclude in radice la possibilità che codesto Consiglio possa approdare ad un esito diverso sul punto.

Con la limitazione indicata si è voluto solo formalmente rimandare, alla sede più appropriata, la pronuncia definitiva sull'argomento, che non potrà che essere di declaratoria di inammissibilità e/o improcedibilità della domanda in forma specifica.

2. Sulla inammissibilità della *mutatio libelli* effettuata in sede d'appello attraverso la proposizione di domande nuove intese a far valere la responsabilità aquiliana della P.A.

L'azione avversaria resterebbe inammissibile e/o improponibile anche se si potesse prescindere dai rilievi, di portata

dirimente, esposti nei precedenti paragrafi.

Con il ricorso di prime cure l'odierna appellante aveva agito al dichiarato scopo di ottenere l'adempimento di un obbligo (a suo dire) nascente dal rapporto concessorio (l'attribuzione da parte dell'amministrazione concedente dell'invocata provvista di frequenze), chiedendo nel contempo il ristoro del danno asseritamente derivato dall'inadempimento denunciato.

Dalla lettura del libello introduttivo e dall'analisi dell'impianto argomentativo che lo sorregge si evince con estrema chiarezza che la *causa petendi* di ambedue le domande (richiesta di adempimento e risarcimento del danno) risiede nel rapporto concessorio rimasto - secondo la prospettazione attorea- **ineseguito** per fatto imputabile al Ministero intimato - e costituente il presupposto **genetico** della pretesa azionata in giudizio.

Dinanzi al TAR del Lazio, dunque, la ricorrente non ha fatto valere, a fondamento delle proprie ragioni, un illecito aquiliano della P.A. incidente sul contenuto dell'atto concessorio (peraltro, mai impugnato nella parte ritenuta lesiva: vedi *supra*), né si è doluta di successivi comportamenti commissivi od omissivi del Ministero perseguibile ai sensi dell'art. 2043 cc.

Disattendendo l'impostazione della ricorrente, professatasi titolare di un diritto soggettivo esigibile nei confronti della Amministrazione concedente in forza del titolo di investitura attributivo del *munus*, i giudici di prima istanza hanno, invece, ritenuto che, rispetto alla reclamata assegnazione di frequenze,

l'istante può vantare soltanto un interesse legittimo suscettibile di tutela giurisdizionale esclusivamente nei limiti e secondo le regole proprie del processo impugnatorio di legittimità.

A fronte di tale pronuncia la controparte, in sede di proposizione dell'appello, ha attuato una **inammissibile** *mutatio libelli*, introducendo per la prima volta domande non formulate in prime cure, con le quali viene prospettata una *causa petendi* tutt'affatto diversa, fondata sull'asserita lesione **aquiliana** arrecata all'interesse legittimo pretensivo, che si assume essere stato vulnerato dal non corretto esercizio del potere amministrativo regolatorio dell'assetto dei rapporti controversi.

In altri termini, mentre in prime cure è stata esperita un'azione diretta a far valere la responsabilità da **inadempimento** dell'Amministrazione (per avere quest'ultima, in tesi, violato un obbligo originato dal rapporto concessorio: donde la lamentata vulnerazione del diritto soggettivo, a torto rivendicato dal concessionario), nel giudizio di appello viene dedotta una responsabilità aquiliana (per lesione di un interesse legittimo) derivata da un'attività provvedimentale di cui si sostiene la illegittimità.

Trattasi di domanda **nuova**, che non può trovare ingresso ove formulata per la prima volta in appello.

In questo senso è, del resto, univocamente orientata la giurisprudenza della Corte di Cassazione, che ha più volte chiarito come la deduzione della responsabilità del convenuto *sub* specie aquiliana ovvero contrattuale non rappresenti una questione di mera

qualificazione giuridica dei fatti, che il giudice possa compiere d'ufficio; bensì una vera e propria prospettazione di differenti *cause petendi* (insuscettibili di *reductio ad unitatem*), *che* non può essere modificata in corso di giudizio (cfr. *ex multis*, Cass. Civ., I, 29 novembre 2004, III, 17 luglio 2003, n. 11202, I, 14 febbraio 2001, n. 2080, III 27 luglio 1990, n. 7565).

La domanda di risarcimento dei danni, reclamata dall'appellante in forma specifica o per equivalente a titolo di responsabilità aquiliana della P.A., va, quindi, dichiarata inammissibile in applicazione del divieto di *novum* in appello.

3. Inammissibilità del cumulo

Il profilo di inammissibilità illustrato nel precedente paragrafo risulterebbe di ancor più intuitiva evidenza ove si consideri che la domanda nuova proposta in appello, intesa a far valere la responsabilità aquiliana della P.A. (attraverso la richiesta di reintegrazione in forma specifica o in alternativa mediante risarcimento per equivalente), è stata proposta **cumulativamente** a quella (originariamente formulata) diretta ad ottenere l'adempimento dell'obbligazione, che si assume gravante a carico del Ministero intimato, in virtù dell'atto concessorio.

Costituisce, invero, principio pacifico in giurisprudenza la regola, secondo la quale -al di fuori dell'ipotesi della lesione di diritti assoluti (che qui non ricorre)- non è consentito domandare in via cumulativa l'adempimento dell'obbligazione e la contestuale condanna del debitore alla esecuzione della prestazione sottoforma di

risarcimento aquiliano in forma specifica, ai sensi dell'art. 2058 c.c.

Parimenti non è cumulabile con la richiesta di risarcimento del danno per equivalente ex art. 1218 c.c. con la domanda fondata sulla prospettazione di una responsabilità di tipo aquiliano ex art. 2043 c.c.

Il divieto di cumulo si spiega agevolmente nella considerazione che -ove sia disponibile l'azione di adempimento- la concessione della tutela aquiliana, a maggior ragione se accordata in forma specifica, darebbe adito ad una duplicazione ingiustificata di rimedi ed allo snaturamento dell'azione contrattuale.

In definitiva, una volta prescelta la strada dell'azione di adempimento e dell'azione risarcitoria contrattuale, è precluso il ricorso ad ogni forma di tutela extracontrattuale.

4. Sull'inammissibilità della pretesa risarcitoria azionata *ex adverso* e sul mancato rispetto del principio della c.d. pregiudiziale amministrativa.

4.1. Alla proponibilità di qualsiasi pretesa risarcitoria (tanto per equivalente quanto in forma specifica) da parte di Centro Europa 7 osta, comunque, un ulteriore e distinto ordine di considerazioni.

Già nella decisione di rimessione alla Corte di Giustizia la Sezione si è data carico di precisare *in limine* che la controversia appartiene alla "*giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, trattandosi di lite riguardante una concessione rilasciata in materia di telecomunicazioni*" (cfr. par. 4.1.).

Con riguardo, quindi, al problema della giurisdizione la decisione in parola non ha indagato sulla effettiva natura della

situazione soggettiva dedotta da Centro Europa 7 (se sia un vero e proprio diritto soggettivo o un interesse legittimo).

E' significativo notare, tuttavia, che la stessa ordinanza di rimessione, per giustificare la riconducibilità della *res litigiosa* alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (secondo i criteri di riparto enunciati dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004), ha affermato che la situazione giuridica di cui si proclama portatrice Centro Europa 7 è *"correlata"* **all'esercizio di un potere amministrativo** (cfr. par. 4.2.).

Logico corollario di questa premessa è che il danno lamentato dall'appellante (consistente nella paralisi operativa determinata dalla mancata assegnazione delle frequenze) deriverebbe da un preteso **comportamento omissivo della P.A.**, destinato necessariamente ad innestarsi nel compimento di attività funzionale al perseguimento di interessi pubblici, costituenti -in quanto tali- espressioni di poteri autoritativi, da esercitarsi nel rispetto delle regole che governano l'uso della discrezionalità amministrativa.

Questo profilo, già acutamente colto dalla sentenza emessa in prime cure, è stato (ad arte) completamente ignorato dalla appellante, la quale ha tentato di correggere il tiro, facendo leva -in questa sede- su di una **prospettazione diversa** da quella fatta valere in primo grado.

Ed invero, il TAR -con grande lucidità- dopo avere affermato che la mancata assegnazione delle frequenze (nei termini prospettati dalla ricorrente) costituisce un vizio dell'azione amministrativa, ne ha

poi inferito che se l'oggetto della concessione *de qua* (come risulta dalla prospettazione avversaria, che richiama gli artt. 2 e 5 del regolamento Agcom in materia di rilascio delle concessioni) consiste "*nell'attribuzione delle radiofrequenze, utilizzando le quali i richiedenti possono operare mediante impianti di trasmissione*", allora la mancata assegnazione delle stesse "***costituisce un vizio del provvedimento ampliativo,*** *che non può non comportarne l'illegittimità per violazione delle citate disposizioni regolamentari*".

Come riconosciuto, infatti, dalla stessa ricorrente a pag. 6 del libello introduttivo di prime cure, il titolo concessorio *de quo* limitava il proprio oggetto "*all'istallazione e all'esercizio di una* [**generica**] *rete di impianti di radiodiffusione televisiva a copertura nazionale* ***tra quelle*** *individuate nelle deliberazioni dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (...) costituite da un raggruppamento di 3 canali di cui uno del gruppo A, uno del gruppo B e uno del gruppo C, tra i 17 canali generici allocati in ciascun sito*".

La genesi della mancata assegnazione di frequenze è, dunque, rinvenibile **proprio nei contenuti effettivi del provvedimento abilitativo.**

Del resto, sebbene nessuna delle concessioni rilasciate nel 1999 contenesse un allegato tecnico indicativo delle specifiche frequenze da utilizzare, il provvedimento rilasciato a Centro Europa 7, **a differenza** dei titoli assentiti alle emittenti concessionarie già esercenti al momento della domanda di partecipazione alla gara indetta dal Ministero, **non recava la prescrizione** in base alla quale,

sino alla completa assegnazione delle frequenze determinate dall'Autorità, l'emittente divenuta concessionaria avrebbe potuto trasmettere "*con gli impianti* [già] *in legittimo esercizio*": e ciò, non a caso, ma in ragione del fatto che l'odierna appellante **era l'unica concessionaria** a non operare a livello nazionale al momento della proposizione della domanda.

E' evidente, quindi, che il *vulnus* lamentato da controparte ha **esclusiva origine** proprio nel **peculiare contenuto** del suo **titolo concessorio**: il quale non soltanto -come per gli altri- indicava **solo genericamente la rete di impianti assegnata** all'emittente, ma -avuto riguardo alla sua specifica posizione- le impediva l'immediato esercizio dell'attività trasmissiva.

La stessa Centro Europa 7 del resto, nel ricorso al TAR del Lazio proposto avverso la nota del Ministero in data 22 dicembre 1999 (definito con la sentenza n. 9325/2004, che ha formato oggetto di appello da parte della RTI S.p.A.: giudizio rubricato da codesto Consiglio al n. 1298/05, che giunge anch'esso in trattazione alla presente udienza) aveva denunciato (seppure nella sede inappropriata) l'illegittimità del proprio titolo abilitativo "*non essendo stato quest'ultimo corredato degli elaborati tecnici ... concernenti l'indicazione delle postazioni e delle caratteristiche tecniche degli impianti pianificati che avrebbero dovuto essere gestiti dalla ricorrente concessionaria nonché* [delle] *frequenze di funzionamento di tali impianti*" (cfr. pag. 2, penult. cpv, del libello introduttivo).

Avvedutasi della oramai irrimediabile sopraggiunta

inoppugnabilità dell'effettivo atto lesivo della propria posizione (sin dal novembre 1999), l'appellante attivava in progresso di tempo tutta una serie di iniziative, tra le quali anche la richiesta di integrazione della concessione (evasa con la nota Ministeriale da ultimo citata), nonché vari ricorsi al TAR, rivolti -tuttavia- avverso provvedimenti **diversi** (quali l'autorizzazione assentita a RETEQUATTRO, la nota del Ministero in data 22 dicembre 1999, meramente confermativa del contenuto del titolo concessorio) da quello (il proprio titolo) che effettivamente era all'origine della lamentata carenza di un'idonea provvista di frequenze.

Orbene, poiché anche nel giudizio in esame si chiede il risarcimento del danno ingiusto che sarebbe -in tesi- derivato dall'illegittima mancata assegnazione di frequenze correlate al titolo concessorio, l'unico **mezzo proprio** attraverso il quale l'emittente avrebbe potuto accertare la sussistenza di tale pretesa illegittimità era rappresentato dalla tempestiva impugnazione dinanzi al TAR del titolo abilitativo ad essa rilasciato, nella parte in cui lo stesso risultava inficiato dalla suddetta omissione.

E' evidente, infatti, che la definitiva inoppugnabilità del provvedimento di rilascio della concessione impedisce la soddisfazione dell'interesse pretensivo disatteso in sede di assenso del titolo.

L'acquiescenza a tale atto da parte di Centro Europa 7, manifestatasi proprio attraverso la sua mancata impugnazione nei termini di legge, rende dunque, palesemente inammissibili, tutte le

diverse iniziative giudiziarie dalla stessa intraprese al solo scopo di ottenere quanto il provvedimento concessorio originariamente rilasciatole non le aveva direttamente attribuito, ivi inclusa la domanda di risarcimento qui formulata.

Facendo diretta applicazione dei principi recentemente riaffermati dall'Adunanza Plenaria di codesto Consiglio (cfr. dec. 22 ottobre 2007, n. 12) non è, infatti, ammissibile la proponibilità di una pretesa risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo in assenza della previa impugnazione, nel termine decadenziale, dell'atto amministrativo pretesamene illegittimo.

Come chiarito dalla decisione citata, infatti, "*la struttura stessa della tutela dinanzi al giudice amministrativo (...) è specialmente articolata sia in sede di giurisdizione di legittimità sia* ***in sede di esclusiva****, nel senso che il provvedimento amministrativo lesivo di un interesse sostanziale (...)può essere aggredito e in via impugnatoria,* ***per la sua demolizione****, e* ***'conseguenzialmente'*** *in via risarcitoria, per i suoi effetti lesivi, ponendosi nell'uno e nell'altro caso, la questione della legittimità*". Non può revocarsi in dubbio-prosegue la decisione "*il carattere* ***consequenziale ed ulteriore*** *della tutela risarcitoria, espressamente ed univocamente posto in armonia con gli artt. 103 e 113 co. 3 Cost., dall'art. 35 co. 1 e 4 del D.lg.vo 31 marzo 1988, n. 80 e confermato dal successivo co. 5, che comunque abroga ogni disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno*".

I pur autorevoli "*contributi acquisiti, in sede dottrinale e*

giurisprudenziale, in tema di 'giudizio sul rapporto', non sembrano condivisibili ove approdino al disconoscimento della natura principalmente ***impugnatoria*** *dell'azione innanzi al giudice amministrativo, cui spetta non solo di tutelare l'interesse privato ma di considerare e valutare interessi collettivi che con esso si confrontano e, non solo di* ***annullare,*** *bensì di* ***conformare*** *l'azione amministrativa affinché si realizzi un soddisfacente e legittimo equilibrio tra l'uno e gli altri interessi"* queste sono le circostanze che spiegano "*la* ***priorità dell'azione impugnatoria, nel cui ambito soltanto è possibile e doveroso esercitare compiutamente l'anzidetto vaglio di legittimità*** *nonché misurare spessore e valenza così della dedotta situazione soggettiva come della denunciata lesione, e la posta* ***consequenzialità,*** *rispetto ad essa dell'azione risarcitoria".*

E' su tali premesse "*che deve essere apprezzato il* ***vulnus*** *che si ritiene connesso alla c.d. pregiudiziale amministrativa, che, in effetti, da un lato corrisponde ad avvertite esigenze di controllo, convenientemente sollecitate dalle azioni impugnatorie, della legittimità e trasparenza dell'azione autoritativi e, d'altra parte, consente il compiuto rilievo degli interessi collettivi e generali coinvolti, rilievo certamente monco e claudicante* ***anche con riferimento alla giurisdizione esclusiva,*** *pur sempre relativa anche ad interessi legittimi e a diritti degradati, nell'ambito di un processo di solo tipo risarcitorio, nel quale, per altro, gli interessi economici coinvolti appaiono non più rilevanti degli interessi spesso anche di libertà che si fanno valere, senza che la relativa decadenza sia motivo*

di censura, nel processo di annullamento".

Lo stesso soggetto leso, infatti, "*sembra avere convenienza, a fronte dei non gravissimi disagi correlati alla previsione di decadenza, agevolmente superabili con il* **doveroso uso** *della diligenza media e certamente più ridotti rispetto a quelli che la legislazione consente o impone in altre anche se diverse materie, a sperimentare preventivamente l'azione di annullamento, nella cui procedura e nella cui finalità strumentale, gli è consentito rilevare vizi ed approfondirne lo spessore con risultati utili ai fini dell'accertamento compiuto dell'an e del quantum della richiesta riparazione".*

Orbene, l'omessa impugnativa *in parte qua* ad opera dell'odierna appellante del provvedimento ampliativo assentitole, avente ad oggetto secondo la sua stessa prospettazione, proprio "*quell'attribuzione delle radiofrequenze, utilizzando le quali i richiedenti possono operare mediante impianti di trasmissione*" che viene qui richiesta a titolo di risarcimento in forma specifica, determina inevitabilmente tutte le preclusioni evidenziate nella sopra riportata decisione.

Ove, infatti, Centro Europa 7 avesse nei termini impugnato il proprio titolo abilitativo nella parte in cui aveva omesso di individuare le effettive frequenze ad essa assegnate, oggi sarebbe in possesso di una pronuncia del giudice amministrativo sulla legittimità di tale provvedimento, che -ove fosse stata di accoglimento del ricorso- sarebbe stato l'unico titolo che le avrebbe consentito di

proporre la richiesta risarcitoria oggetto del presente giudizio.

Al contrario, la mancata tempestiva reazione nelle forme all'uopo prescritte ha trasformato "*la presunzione di legittimità*" del provvedimento "*da relativa in assoluta*", con la conseguenza che "*il danno ingiusto fatto o come sembra preferibile fattispecie, **non può essere configurato** a fronte di un'illegittimità del provvedimento che, per l'assolutezza della cennata presunzione, **è de jure irreclamabile***".

In altri termini, a fronte della suddetta presunzione assoluta di legittimità del titolo abilitativo assentito a Centro Europa 7 si è in presenza della "*formale inesistenza della ingiustizia del danno, che è nucleo essenziale, anche se non sufficiente, della illiceità*".

4.2. Alle medesime conclusioni testè rassegnate può giungersi, pur accedendo all'ulteriore tesi (propugnata dall'appellante solo in via residuale e dopo aver compreso la maturata preclusione), secondo la quale il *vulnus* lamentato non risiederebbe *ab origine* nell'atto abilitativo assentito a Centro Europa 7, bensì "*alla successiva adozione dei necessari provvedimenti da parte delle competenti amministrazioni*".

Giova ribadire al riguardo che sul punto già il TAR del Lazio, nella decisione gravata, ma anche codesto Ecc.mo Consiglio nell'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia, hanno a chiare lettere affermato che la situazione giuridica di cui si proclama portatrice Centro Europa 7 è "*correlata*" all'esercizio di un potere amministrativo (cfr. par. 4.2. ordinanza e pag. 6 sentenza di primo grado).

Da tale premessa il TAR ha inferito che "*la situazione soggettiva in capo alla società ricorrente derivante dal rilascio della concessione, non ha, come prospettato, la natura di diritto soggettivo all'assegnazione di determinate frequenze, bensì è di interesse qualificato a che le competenti amministrazioni adottino, anche debitamente diffidate sulla base della procedura del silenzio-rifiuto, alla luce della normativa vigente all'atto dell'assunzione della relativa determinazione, gli atti necessari al fine di consentire alla concessione a suo tempo rilasciata di produrre i propri effetti tipici. Resta fermo, peraltro, che una simile interpretazione non deve essere intesa nel senso che le suddette amministrazioni siano in ogni caso vincolate in questa successiva fase ad adottare provvedimenti positivi di assegnazione delle frequenze, atteso che circostanze fattuali e normative successive al rilascio della concessione, da evidenziare con chiarezza nelle suddette determinazioni, ben potrebbero precludere una simile eventualità* (cfr. sent. imp. pagg. 6 e 7).

Quella che il TAR aveva suggerito a controparte era l'unica strada, in questa prospettazione dei fatti, che le avrebbe consentito di attivare anche una tutela di tipo risarcitorio.

Centro Europa 7, invece, dopo avere impugnato la nota della Direzione generale Concessioni ed Autorizzazioni del Ministero, in data 22 dicembre 1999 (emessa in risposta alla diffida presentata dall'odierna appellante ad "*integrare immediatamente il titolo concessorio rilasciatole*" con l'idonea provvista di frequenze) e senza peraltro attendere l'esito di detto giudizio, proponeva

contestualmente la presente azione risarcitoria, chiedendo al contempo la condanna delle resistenti amministrazioni "*ad assegnare alla ricorrente una rete di impianti di radiodiffusione costituiti da impianti ubicati nei siti individuati dal Piano nazionale di assegnazione delle frequenze...*", nonché "*in ogni caso, ai sensi dei citati art. 33 e 35, la condanna, pervia eventuale assunzione degli opportuni mezzi istruttori, delle amministrazioni resistenti, ciascuna per la sua parte di responsabilità, al risarcimento dei danni ingiusti subiti e subendi dalla ricorrente perla mancata tempestiva assegnazione di una rete o di canali (frequenze) comunque idonei a garantire all'odierna istante una copertura di almeno l'ottanta per cento del territorio nazionale...*".

La pretesa fatta valere in questa sede è, quindi, inammissibile (anche accedendo alla prospettazione qui esaminata), posto che l'odierna appellante ha omesso di far preventivamente acclarare -nelle forme all'uopo prescritte- l'illegittimità del comportamento serbato dall'Amministrazione, presupposto indefettibile -come detto- per la proponibilità dell'azione risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo.

Da ciò discende altresì quale logico corollario "*la formale inesistenza della ingiustizia del danno*" che -come detto- "*è nucleo essenziale anche se non sufficiente della illiceità*".

Né varrebbe richiamare al riguardo la sentenza del TAR del Lazio n. 9325/04, emessa nel giudizio proposto da Centro Europa 7 avverso la più volte citata nota del Ministero, con la quale il

Tribunale ha affermato che "*l'amministrazione era tenuta o ad adottare i provvedimenti necessari al fine di consentire al suddetto provvedimento di produrre i propri effetti tipici ovvero, a negare l'assegnazione delle frequenze, procedendo, pertanto ad una sostanziale revoca della concessione la quale in assenza delle frequenze risultava essere totalmente inefficace, sulla base di una specifica e dettagliata illustrazione dei presupposti di fatto e di diritto che rendevano impossibile tale operazione*". E ciò per una serie concorrente di ragioni:

- in primo luogo perché detta sentenza, lungi dall'accertare l'illegittimità del comportamento delle amministrazioni coinvolte per non avere assegnato a Centro Europa 7 un'idonea provvista di frequenze, si è limitata semplicemente ad affermare l'obbligo delle Amministrazioni *de qua* di rispondere alla richiesta di integrazione in senso positivo o negativo e di motivare in entrambi i casi **la scelta compiuta** (con ciò riaffermando il carattere discrezionale del potere riconosciuto in *subiecta materia* alla P.A..);
- inoltre, in quanto la stessa è stata emessa **ben dopo** la proposizione dell'azione risarcitoria;
- in ultimo, perché detta sentenza ha formato oggetto di appello da parte di R.T.I.., appello rubricato al n. 1298/05, che giunge anch'esso all'esame di codesto Collegio. Di tal ché l'eventuale accoglimento dello stesso farebbe venir meno anche questo ipotetico presupposto.

5. Improponibilità dell'azione di risarcimento in forma specifica per inesistenza dei presupposti di fatto e di diritto.

Ulteriore ragione ostativa alla somministrazione di qualsiasi misura giudiziale costituente esecuzione in forma specifica della prestazione reclamata (consistente -come si è più volte detto- nell'attribuzione della provvista di frequenze destinata a colmare il *deficit* lamentato), nonché -detto altrimenti- alla possibilità di soddisfare l'interesse pretensivo azionato in giudizio, va ravvisato nel fatto che la ricorrente è **attualmente priva** di qualsiasi titolo abilitativo che la legittimi ad operare nel settore televisivo in ambito nazionale.

Depone chiaramente in tal senso la previsione dell'art. 2058 del codice civile, il quale stabilisce che tale tipologia di tutela può essere dispensata soltanto "*qualora sia in tutto o in parte possibile*".

Va precisato al riguardo che la concessione rilasciata all'odierna appellante nel 1999 è venuta a scadenza, per decorso del termine di durata esennale, nel 2005.

Centro Europa 7 ha presentato istanza di rinnovo del titolo, sulla quale il Ministero si è pronunciato con nota prot. 6434 del 5 maggio 2005, **rigettandola,** nel rilievo che la normativa attualmente vigente non consente il rinnovo delle concessioni radiotelevisive analogiche su scala nazionale.

Tale provvedimento è stato impugnato dalla società interessata dinanzi al TAR del Lazio, con il ricorso n. 6689/2005, pendente, in attesa della fissazione merito, presso al Sez. II. Ma -non avendo

formato oggetto di misure interinali- è allo stato pienamente valido ed efficace.

Secondo quanto si è potuto apprendere a seguito di apposita domanda di accesso presentata dalla società R.T.I., l'appellante ha presentato, inoltre, istanza di proroga della concessione ormai scaduta, sulla quale -a quanto è dato sapere- non è stata ad oggi adottato (né peraltro avrebbe potuto esserlo, in ragione delle condizioni soggettive ed oggettive prescritte dalla normativa di riferimento) alcun provvedimento di assenso.

Va da sé che la **mera pendenza** dell'istanza di proroga (peraltro inspiegabilmente non ancora riscontrata dall'Amministrazione a distanza di oltre tre anni dal suo inoltro, con una doverosa determinazione reiettiva) non può ovviamente determinare l'ultrattività del titolo scaduto.

Ne consegue che la ricorrente non potrebbe allo stato in alcun modo giovarsi di un'eventuale pronuncia di accoglimento del *petitum* reintegrativo, essendole oggi inibito lo svolgimento di ogni attività trasmissiva in ambito nazionale per mancanza del prescritto titolo abilitativo.

6. Conseguenze sul presente giudizio dell'interpretazione del diritto CE fornita dalla Corte di Giustizia comunitaria

1.1. Rilevanza delle questioni di interpretazione del diritto comunitario decise dalla Corte

Prima di esaminare la sentenza resa dalla Corte di Giustizia a seguito dell'ordinanza di rimessione pronunciata nel corso del

presente giudizio, occorre ricordare i profili di rilevanza delle questioni interpretative del diritto comunitario ivi sollevate, secondo la tesi dell'appellante, e la stessa ordinanza.

L'appellante premette (pag. 20 del ricorso in appello), che, a suo avviso, la l. 20 marzo 2001, n. 66, di conversione del d.l. 23 gennaio 2001, n. 5, il successivo d.l. 24 dicembre 2003, n. 352 (convertito in l. 24 febbraio 2004, n. 43, la l. 3 maggio 2004, n. 122 (ora sostituita, nella parte rilevante, dal d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177), vale a dire, in sintesi, l'intera disciplina normativa interna successiva alla l. 249/97, non avrebbero inciso sull'attuazione del Piano nazionale di assegnazione delle frequenze, e quindi sul dovere dell'Amministrazione resistente di adempiere all'obbligazione di assegnazione di frequenze derivante dal rapporto concessorio.

In via subordinata (pag. 20, 29, 31, 33 del ricorso in appello), l'appellante invoca la disapplicazione dell'art. 1, d.l. 352/03, dell'art. 23, commi 1 e 5, l. 112/04, nonché dell'art. 25, commi 8 e 11, l. 112/04, per contrasto con l'art. 9, direttiva 2002/21/CE (c.d. "direttiva quadro") e con gli artt. 3, 5, 7, 11, direttiva 2002/20/CE (c.d. "direttiva autorizzazioni").

Secondo l'appellante, in particolare: "*mediante la proroga introdotta con la normativa interna si continua a vanificare il diritto di Europa 7 che, pur avendo ottenuto la concessione, non può operare perché –a seguire le Amministrazioni appellate– le frequenze oggetto della concessione rilasciatale sono ancora occupate da operatori privi di concessione (come quelli che esercitano le 'reti*

eccedenti'). Quindi, la violazione dei principi dettati in sede comunitaria finisce paradossalmente con l'impedire che si dia un esito non discriminatorio ad una procedura concorsuale legittimamente svoltasi" (pag. 31 del ricorso in appello).

In sostanza, l'appellante, ritenendo, in via subordinata, le norme sospette di illegittimità comunitaria ostative all'adempimento delle obbligazioni assunte dall'Amministrazione con la concessione, domanda la disapplicazione di queste quale precondizione per una pronuncia di condanna all'adempimento delle stesse obbligazioni.

L'ordinanza di rimessione accoglie, invece, una prospettiva affatto diversa, imperniata sulla domanda di risarcimento del danno aquiliano per lesione di interesse legittimo pretensivo tardivamente introdotta dall'appellante per la prima volta alle pagg. 17 e segg. del ricorso in appello (cfr. punti 33.11 e segg. della parte in fatto dell'ordinanza di rimessione).

Con riferimento alla sola domanda risarcitoria per equivalente, l'ordinanza, al punto 4.5. della parte in diritto, osserva che "*la mancata assegnazione delle frequenze al vincitore della gara per il rilascio delle concessioni radiotelevisive ai sensi della legge Maccanico è stata determinata da fattori essenzialmente normativi*", identificabili nella citata normativa sopravvenuta; la stessa ordinanza aggiunge, al punto 4.9, che "*la domanda di risarcimento danni per equivalente, alla luce del diritto interno, non sarebbe fondata, quantomeno fino al 31 dicembre 2003, avendo la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 466 del 2002, 'legittimato' fino a*

tale data il periodo transitorio previsto dalla l. 249/97".

Di conseguenza (punto 4.10) "*per i danni subiti in conseguenza della mancata attribuzione delle frequenze, nel periodo dal 2000 al 31 dicembre 2003, residua, quindi, solo la possibilità di una verifica della compatibilità comunitaria della disciplina di cui alla l. 249/97*" (in effetti, le questioni pregiudiziali riguardano anche e soprattutto la successiva disciplina di cui alla l. 112/04).

Dunque, l'ordinanza ha ravvisato la rilevanza delle questioni interpretative sottoposte al Giudice comunitario nel fatto che l'eventuale disapplicazione delle norme interne contrastanti con il diritto comunitario potrebbe rimuovere la "giustificazione normativa" del presunto illecito (mancata attribuzione di frequenze) contestato all'Amministrazione dall'appellante, e/o rendere imputabile alla stessa Amministrazione, nell'originaria prospettiva dell'azione di risarcimento dei danni per violazione del rapporto concessorio prescelta da Centro Europa 7, l'asserito inadempimento alle obbligazioni derivanti da tale rapporto.

Come meglio si vedrà *infra*, nessuna delle due conseguenze può in effetti prodursi, né la rimozione postuma dell'esimente da responsabilità aquiliana, né la creazione retroattiva dell'inadempimento lamentato dall'appellante, o dei relativi presupposti di imputabilità all'Amministrazione resistente.

Prima di procedere sul tema, appare comunque opportuno ricostruire l'esatto contenuto della pronuncia della Corte di Lussemburgo, con particolare riferimento all'individuazione della

natura e del contenuto della situazione soggettiva che il diritto comunitario, secondo la Corte, attribuisce a Centro Europa 7.

1.2. La sentenza della Corte di Giustizia – sez. IV, del 31 gennaio 2008

La sentenza può essere sintetizzata come segue:

a) la Corte, in sede di rinvio pregiudiziale, non può pronunciarsi sulla compatibilità del diritto interno con quello comunitario, bensì soltanto limitarsi a fornire al giudice nazionale l'interpretazione del diritto comunitario che gli consenta di pronunciarsi sulla compatibilità con questo del diritto interno (nn. 48-51);

b) la questione n. 10 (compatibilità della l. 112/04 con le norme comunitarie di tutela della concorrenza e del pluralismo nel mercato televisivo) è irricevibile in quanto generica e non accompagnata dagli elementi necessari per comprenderne la rilevanza rispetto alla causa principale (nn. 52-56);

c) la questione n. 9 (compatibilità con la disciplina comunitaria di concorrenza della disciplina interna della digitalizzazione) è irricevibile in quanto generica (nn. 57-63);

d) il giudice del rinvio dovrà verificare l'applicabilità nella causa principale dell'art. 49, Trattato CE (libera prestazione dei servizi), in relazione alla presenza di un pregiudizio attuale o potenziale agli scambi intracomunitari, che sarà presunta qualora il mercato in questione presenti un interesse transfrontaliero certo: tuttavia, la Corte è comunque competente a pronunciarsi sulle questioni

interpretative relative all'art. 49, in quanto la soluzione delle medesime potrebbe essere utile al giudice del rinvio, qualora egli ritenga che il proprio diritto interno imponga di riconoscere ad un cittadino italiano gli stessi diritti di cui godrebbe nella medesima situazione, in base al diritto comunitario, il cittadino di un altro Stato membro (nn. 64 -71);

e) spetta al giudice nazionale verificare la rilevanza delle soluzioni date alle questioni interpretative relative al NQNC ("nuovo quadro normativo sulle comunicazioni elettroniche") in relazione all'applicabilità *ratione temporis* del medesimo ai fatti oggetto della causa principale (nn. 72 – 77);

f) né l'art. 49 né il NQNC impongono l'abolizione assoluta dei "*monopoli nazionali che presentano carattere commerciale*" (i.e.: dei diritti esclusivi preesistenti attribuiti dagli Stati membri ad imprenditori) bensì soltanto il loro "riordino" in modo da escludere ogni discriminazione quanto all'accesso ai fattori di produzione, tra cui, per quanto riguarda l'attività di trasmissione televisiva, le frequenze radio (nn. 78 – 90);

g) l'effettiva garanzia del principio di libera prestazione dei servizi, come attuato dal NQNC, richiede che sia assicurato l'accesso allo spettro radio, che non può costituire oggetto di diritti esclusivi o speciali (nn. 85 – 90);

h) non costituiscono oggetto di giudizio i criteri di rilascio dei titoli abilitativi (concessioni) ad operare sul mercato delle trasmissioni televisive in tecnica analogica (n. 91);

i) le discipline transitorie di cui alla l. 249/97, al d.l. 352/03 ed alla l. 112/04 hanno avuto l'effetto di ostacolare l'assegnazione delle frequenze ad operatori titolari di concessione, in modo da impedirne l'accesso al mercato, proteggendo la posizione degli operatori esistenti: perciò l'art. 49, Trattato ed il NQNC ostano a tali misure, a meno che esse non siano giustificate da obiettivi di interesse generale, nel rispetto dei criteri di obiettività e necessità (nn. 93 – 99);

l) l'art. 49 ed il NQNC impongono che eventuali restrizioni relative a diritti d'uso delle frequenze, in relazione ad obiettivi di interesse generale, siano fondate su criteri obiettivi, trasparenti e non discriminatori: questi criteri non sono stati rispettati per via dell'attribuzione di fatto delle frequenze, resa possibile dalle discipline transitorie di cui alla l. 249/97 ed alla l. 112/04, a soggetti privi di concessione, ed ai danni di concessionari quali Centro Europa 7 (nn. 103 – 113);

m) le restrizioni indicate non possono essere giustificate in virtù dell'obiettivo di interesse generale rappresentato dalla digitalizzazione del sistema televisivo, poiché la l. 112/04 non si limita ad attribuire agli operatori esistenti un diritto prioritario ad ottenere le frequenze, ma riserva loro tale diritto in esclusiva, senza limiti di tempo e senza obbligo di restituzione delle frequenze eccedenti, ultimata la transizione (nn. 114 – 115);

n) le ulteriori questioni interpretative sono assorbite dalle soluzioni date alle questioni n. 2, 4 e 5.

In conclusione, la Corte ha affermato il seguente principio di

diritto comunitario: "*L'art. 49 CE e, a decorrere dal momento della loro applicabilità, l'art. 9, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva «quadro»), gli artt. 5, nn. 1 e 2, secondo comma, e 7, n. 3, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva «autorizzazioni»), nonché l'art. 4 della direttiva della Commissione 16 settembre 2002, 2002/77/CE, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, devono essere interpretati nel senso che essi ostano, in materia di trasmissione televisiva, ad una normativa nazionale la cui applicazione conduca a che un operatore titolare di una concessione si trovi nell'impossibilità di trasmettere in mancanza di frequenze di trasmissione assegnate sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati*".

1.3. Difetto di rilevanza comunitaria del caso di specie, ai fini dell'art. 49, Trattato CE

In primo luogo, la Corte comunitaria (nn. 64 e segg.) lascia al Giudice remittente il compito di verificare se il caso di specie presenti il "collegamento con gli scambi intracomunitari", necessario affinché possano trovare applicazione sia il principio di libera prestazione dei servizi di cui all'art. 49, Trattato CE sia la disciplina attuativa settoriale contenuta nel NQNC.

Secondo la stessa Corte, la questione dovrebbe avere risposta positiva qualora il mercato di cui trattasi presenti un "interesse transfrontaliero certo".

C. Giust., 13 novembre 2007, causa C-507/03, *Commissione c. Irlanda*, citata dalla sentenza resa nel caso presente al n. 67, ha escluso, in un caso relativo all'affidamento di un servizio di riscossione ad un'impresa nazionale, senza previa pubblicità a livello comunitario, che l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo possa presumersi, richiedendosi viceversa a questo fine specifiche prove, da parte di chi invoca la lesione del diritto comunitario.

Peraltro, come la stessa Corte comunitaria ha più volte rilevato: "*... secondo la costante giurisprudenza, le disposizioni del Trattato in materia di libera circolazione di servizi non possono essere applicate ad attività in cui tutti gli elementi sono ristretti localmente all'interno di un solo Stato membro e che la questione se tale sia il caso dipende da constatazioni di fatto spettanti al giudice nazionale (v., in particolare, sentenza 18 marzo 1980,* Debauve, *punto 9 della motivazione, causa 52/79)*" (così C. Giust., 23 aprile 1991, *Höfner*, causa C-41/90, n. 37).

Nel caso presente, l'appellante chiede di ottenere frequenze, oltre al risarcimento dei danni, in base ad un rapporto concessorio con lo Stato italiano, allo scopo di prestare servizi di trasmissione televisiva *in Italia*: l'appellante, in effetti, non ha mai neppure riferito di intendere prestare i propri servizi in altri Stati membri, anche ove ciò fosse tecnicamente possibile.

Inoltre, la stessa appellante sostiene che l'accesso a tali frequenze le sarebbe precluso per via dell'occupazione delle stesse, asseritamente illegittima, da parte di altri soggetti che sono *tutti società di diritto italiano.*

La casistica della Commissione in materia *antitrust* è conforme nel ritenere che i mercati televisivi europei abbiano, a tutt'oggi, *dimensione nazionale*, soprattutto per via delle persistenti barriere linguistiche e del fatto che i diritti di trasmissione sui contenuti costituiscono oggetto di negoziazione a livello nazionale (cfr. per tutte le decisioni *Newscorp / Telepiù* e *BSkyB/ Kirch*, citate dall'ordinanza di rimessione nell'ambito del quesito n. 10).

Ancora nella materia *antitrust*, affine all'art. 49 sotto il profilo della natura degli interessi comunitari tutelati, con riferimento al requisito del "pregiudizio al commercio tra Stati membri" previsto per l'applicazione degli artt. 81 ed 82 del Trattato la Commissione, sulle orme della giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha chiarito che affinché sussista tale requisito "*deve essere possibile prevedere con un grado di probabilità adeguato, in base ad un complesso di fattori obiettivi, di fatto o di diritto, che l'accordo o la pratica possano avere un'influenza, attuale o potenziale, sulle correnti degli scambi fra Stati membri*" (comunicazione della Commissione 2004/C 101/07, recante Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri, del 27 aprile 2004, punto 23).

Appare in effetti tutt'altro che certo, né l'appellante ha provato od offerto di provare alcunché in proposito, che le vicende di cui la

stessa appellante si duole abbiano prodotto, o fossero idonee a produrre, alcun effetto sugli scambi intracomunitari.

D'altro canto, neppure ricorre l'ulteriore ipotesi divisata dalla Corte di Giustizia (n. 69), della "discriminazione inversa" del cittadino italiano rispetto ai cittadini di altri Stati membri.

Le norme interne che, secondo l'interpretazione del diritto comunitario accolta dalla Corte, risulterebbero incompatibili con l'art. 49, del Trattato *non* prevedono alcuna diversità di trattamento tra cittadini italiani o di altri Stati membri, e viceversa; a maggior ragione, le medesime norme non hanno "*l'effetto di rendere la prestazione di servizi tra Stati membri più difficile della prestazione di servizi puramente interna ad uno Stato membro*" (n. 79 della sentenza della Corte comunitaria), poiché esse *non* distinguono tra prestazione di servizi interna o transfrontaliera.

Pertanto, non sussiste incompatibilità tra le medesime disposizioni interne e l'art 49, per difetto del requisito dell'idoneità ad incidere su scambi intracomunitari attuali o potenziali.

1.4. Applicabilità* ratione temporis *del NQNC

Al n. 76, la Corte comunitaria precisa che "*gli elementi di soluzione forniti sul NQNC rilevano solo a decorrere dal momento della sua applicabilità, quale indicato agli artt. 28 n. 1 della direttiva 'quadro', 18 n. 1 della direttiva 'autorizzazioni' e 9 della direttiva 'concorrenza'* ".

Le norme citate indicano nel 24 luglio 2003 la data entro cui gli Stati membri avrebbero dovuto emanare le disposizioni di

recepimento, da applicarsi a far data dal giorno successivo.

Come meglio si dirà *infra*, non sussistono nel caso presente i requisiti per la diretta efficacia delle direttive del NQNC nei rapporti tra lo Stato ed il privato appellante, in quanto le direttive da un lato, per quanto qui rileva, non contengono disposizioni sufficientemente precise ed incondizionate, e dall'altro sono state recepite dallo Stato membro in modo puntuale e corretto, in particolare con il d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, Codice delle comunicazioni elettroniche, pubblicato sulla GU n. 214 del 15 settembre 2003 ed in vigore dal giorno successivo (art. 221).

Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, "*la legittimità di un atto deve essere valutata in base alla situazione di fatto e di diritto esistente al momento in cui l'atto è stato adottato. Per analogia, la valutazione della validità di un atto, a cui la Corte è tenuta a procedere nell'ambito di un rinvio pregiudiziale, deve normalmente essere fondata sulla situazione esistente al momento dell'adozione di tale atto*" (C. Giust., 17 luglio 1997, cause riunite C-248/95 e C-249/95, *SAM Schiffahrt GmbH e Heinz Stapf c. Bundesrepublik Deutschland*, punto46) e non sulla base di una disciplina successiva.

Il principio *tempus regit actum* impedisce pertanto di applicare il NQNC sia alla domanda di adempimento del rapporto concessorio instauratosi, nel 1999, tra lo Stato e Centro Europa 7, sia alla domanda di risarcimento dei danni, quale ne sia la natura (contrattuale od aquiliana).

Secondo la stessa appellante (pagg. 4 e segg. del ricorso in appello e pagg. 7-9 del ricorso di prime cure), l'inadempimento / illecito del Ministero si sarebbe verificato nel 1999 (in cui il Ministero, con nota prot. 41521, del 22 dicembre, negò all'appellante l'assegnazione di frequenze da questa domandata) o, al massimo, nel 2001, al decorso del termine di ventiquattro mesi dal rilascio dell'atto concessorio previsto dallo stesso atto per l'installazione delle reti, quindi ben prima dell'entrata in vigore del NQNC e della scadenza del termine per l'attuazione fissato agli Stati membri.

1.5. La Corte ha escluso che l'appellante sia titolare di un diritto od interesse tutelato comunitario all'attribuzione di frequenze

La Corte comunitaria afferma che l'art. 49 Trattato (ove sia presente il requisito del pregiudizio agli scambi intracomunitari), nonché, ove applicabili *ratione temporis*, l'art. 9 n. 1, direttiva "quadro", gli artt. 5, n. 1 e 2, e 7, n. 3 direttiva "autorizzazioni" e l'art. 4, direttiva "concorrenza" debbono essere interpretati nel senso che essi "*ostano, in materia di trasmissione televisiva, ad una normativa nazionale la cui applicazione conduca a che un operatore titolare di una concessione si trovi nell'impossibilità di trasmettere in mancanza di frequenze di trasmissione assegnate sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati*".

Ai nn. 117 e segg., la Corte ritiene che le risposte fornite alle questioni n. 2 (nella parte in cui è stata ritenuta ricevibile), 4 e 5 abbiano natura assorbente rispetto alla questione interpretativa n. 3, relativa all'"efficacia diretta" dell'art. 17, direttiva "autorizzazioni"

nonché all'eventuale conseguente obbligo, per lo Stato membro che avesse rilasciato concessioni in materia radiotelevisiva "(comprensive del diritto di installare reti o di fornire servizi di comunicazione elettronica o diritto all'uso delle frequenze) di allinearle alla disciplina comunitaria e se tale obbligo dovesse comportare la necessità di effettivamente assegnare le frequenze necessarie per svolgere l'attività".

Con la questione n. 5, in particolare, il Collegio ha chiesto se il NQNC imponesse di "*far cessare, quantomeno a decorrere dal 25 luglio 2003 ... una situazione di occupazione di fatto delle frequenze ... con riferimento all'attività di radiodiffusione televisiva*", ritenuta ostativa (in modo controvertibile e contraddetto dalla stessa ordinanza, nella parte in cui riferisce le vicende dell'attuazione del Piano di assegnazione del 1998: v. *infra*) dell'assegnazione di frequenze all'appellante.

Sul punto, la sentenza comunitaria, al n. 78, chiarisce univocamente che "*il Trattato non impone l'abolizione assoluta dei monopoli nazionali che presentano carattere commerciale, ma dispone il loro riordino in modo da escludere qualsiasi discriminazione fra i cittadini degli Stati membri per quanto riguarda le condizioni relative all'approvvigionamento e allo smercio (sentenza 23 ottobre 1997, causa C-189/95*, Franzén, Racc. *pag. I-5909, punto 38 e giurisprudenza ivi citata)*".

Dunque, né l'art. 49, Trattato CE né il NQNC, che ne costituisce attuazione settoriale, impongono l'immediata rimozione

dei diritti speciali od esclusivi attribuiti ad uno o più imprenditori, rendendone viceversa necessario il progressivo "riordino" in modo che escluda ogni possibile discriminazione tra cittadini di diversi Stati membri.

La Corte esclude in modo esplicito che dal diritto comunitario possa derivare un qualsiasi obbligo di smantellamento delle "reti eccedenti", ed a maggior ragione che l'appellante possa vantare un qualsiasi diritto di origine comunitaria che presupponga tale smantellamento.

Il fatto che la questione n. 3, relativa in modo espresso alla "diretta efficacia" del NQNC, sia stata ritenuta assorbita in questa risposta esclude altresì che dalla stessa diretta efficacia, ove mai esistesse, possa discendere un obbligo di smantellamento delle "reti eccedenti", od un diritto dell'appellante che presupponga questo.

Sembra appena il caso di sottolineare che questo orientamento è coerente con l'analoga posizione assunta, con riferimento alla tutela del pluralismo, dalla giurisprudenza costituzionale, anche con la sentenza n. 466 del 2002.

Né il Giudice comunitario né quello costituzionale hanno attribuito alcun particolare valore, al contrario dell'appellante, alla distruzione delle risorse trasmissive esistenti, che rappresenterebbe viceversa una perdita, in termini sia di risorse produttive ed occupazionali, sia di pluralismo.

Ancora in relazione alle questioni n. 2, 4 e 5, la Corte afferma, ai nn. 85 e segg. che "*nel settore delle trasmissioni televisive, la*

libera prestazione di servizi, come sancita all'art. 49 CE e attuata in tale settore dal NQNC, esige non solo la concessione di autorizzazioni alla trasmissione, ma altresì l'assegnazione di frequenze di trasmissione. Infatti, in mancanza di frequenze di trasmissione, un operatore non può esercitare in modo effettivo i diritti conferitigli dal diritto comunitario circa l'accesso al mercato della trasmissione televisiva".

La stessa Corte ricorda peraltro come, ai sensi dell'art. 1 n. 3 della direttiva "quadro" sia consentito agli Stati membri mantenere in vigore disposizioni che perseguono obiettivi di interesse generale legati alla politica audiovisiva, mentre l'art. 5 n. 2 della direttiva "autorizzazioni" permette l'attribuzione di diritti esclusivi d'uso delle frequenze radiotelevisive, per consentire l'uso efficiente delle stesse.

"*Tuttavia*", prosegue la Corte ai nn. 103 e segg., "*come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 34 e 37 delle conclusioni, per essere giustificato, un regime del genere, che in linea di principio contravviene all'art. 49 CE e al NQNC, non deve solo obbedire a obiettivi di interesse generale, ma deve anche essere organizzato sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati ... Così, l'art. 9, n. 1, della direttiva 'quadro' dispone che gli Stati membri provvedono a che l'allocazione e l'assegnazione delle frequenze radio da parte delle autorità nazionali di regolamentazione siano fondate su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati ... Inoltre, qualora sia necessario concedere diritti individuali d'uso delle frequenze radio,*

tali diritti devono essere attribuiti, ai sensi dell'art. 5, n. 2, secondo comma, della direttiva 'autorizzazioni' 'mediante procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie' ... *Analogamente, ai sensi dell'art. 7, n. 3, della direttiva 'autorizzazioni',* '[q]ualora sia necessario concedere i diritti d'uso delle frequenze radio solo in numero limitato, gli Stati membri ne effettuano l'assegnazione in base a criteri di selezione obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori' ... *Tale esigenza è confermata dall'art. 4, punto 2, della direttiva 'concorrenza', ai termini del quale* 'l'attribuzione delle frequenze radio per i servizi di comunicazione elettronica si fonda su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati'".

Nei successivi passaggi, la Corte osserva che la l. 249/97 e la successiva l. 112/04, ed in particolare il c.d. "generale assentimento" di cui all'art. 23, non avrebbero rispettato tali principi, adottando quale unico criterio di assegnazione quello fondato sulla presenza attuale sul mercato; inoltre, neppure le esigenze legate alla digitalizzazione avrebbero giustificato la deroga ai principi citati, in particolare per via della riserva attribuita agli operatori esistenti "*in esclusiva, senza limiti di tempo alla situazione di privilegio così creata e senza prevedere un obbligo di restituzione delle frequenze eccedenti dopo la transizione alla trasmissione televisiva in tecnica digitale*" (n. 115).

La sentenza, che risente di alcune imprecisioni nella ricostruzione del quadro normativo e fattuale interno contenute nell'ordinanza di rimessione (v. *infra*), individua la fonte

dell'incompatibilità comunitaria nei *criteri di allocazione delle frequenze* prescelti dal legislatore interno e nell'assenza di un termine certo di cessazione dei diritti esclusivi relativi alle frequenze stesse.

L'incompatibilità comunitaria non deriva né dal fatto che le "reti eccedenti" abbiano continuato a trasmettere, né da quello che l'appellante, viceversa, non abbia trasmesso, bensì dai criteri scelti nell'allocazione delle frequenze.

L'interesse comunitario dell'appellante leso dall'incompatibilità ravvisata dalla stessa Corte potrebbe essere, a tutto concedere, quello all'osservanza, nei procedimenti allocativi, dei criteri di trasparenza, non discriminazione e proporzionalità, *non* certo quello all'ottenimento delle frequenze, a maggior ragione, come si è visto, se previo smantellamento delle "reti eccedenti".

A conferma, si noti che la Corte *non* ha seguito l'approccio dell'Avv. gen. (nn. 37 e segg. delle conclusioni depositate il 12 settembre 2007), secondo cui il diritto comunitario obbligherebbe lo Stato membro a dare "piena attuazione" all'esito finale di un procedimento di assegnazione delle concessioni per l'esercizio di attività radiotelevisiva, salvo affidare al Giudice nazionale il compito di valutare le ragioni addotte dallo Stato per ritardare il proprio adempimento, escludendo così per implicito che dal rapporto concessorio, e dal diritto comunitario, derivi un diritto soggettivo od un interesse tutelato dell'appellante ad ottenere le frequenze (in ipotesi) oggetto di concessione.

Viceversa, la Corte ha chiarito, nello statuire il principio di

diritto (ma v. anche i nn. 116, 120 e 124) che il titolare di concessione radiotelevisiva può vantare esclusivamente (*rectius*: poteva vantare, in pendenza di concessione) un interesse al rispetto, nei procedimenti allocativi di frequenze, di criteri "*obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati*".

Le concrete modalità di tutela di tale interesse, ed in particolare la configurabilità di un'obbligazione risarcitoria contrattuale od aquiliana in capo allo Stato, dipendono, tuttavia, dalla sussistenza dei requisiti di diretta efficacia in capo alle norme comunitarie da cui il medesimo interesse deriverebbe.

1.6. Applicabilità del diritto interno alle domande risarcitorie dell'appellante

In ogni caso, per principio comunitario pacifico (v. per tutte C. Giust., 14 dicembre 1995, cause C-430/93 e 431/93, *Van Schijndel* e *Van Veen*; Id., 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd. c. Crehan*) la tutela risarcitoria di situazioni soggettive aventi origine comunitaria è retta dalle norme processuali e sostanziali del diritto interno, salvo il rispetto del principio di effettività del diritto comunitario e di quello di non discriminazione tra situazioni soggettive di origine comunitaria ed interna (cfr. per tutte C. Giust., 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet*, n. 43; Id., 7 giugno 2007, cause riunite da C-222/05 a C-225/05, *van der Weerd e a.*, n. 28 ed ulteriore giurisprudenza ivi citata).

Le domande risarcitorie dell'appellante dovranno quindi essere decise tenuto conto delle preclusioni processuali e delle limitazioni

sostanziali derivanti dal diritto interno, sopra esposte, nonché della necessità di accertare l'esistenza di tutti gli elementi di ciascuna delle fattispecie di responsabilità, contrattuale ed aquiliana, invocati dall'appellante.

2. Difetto di efficacia diretta del NQNC.

Secondo un principio comunitario pacifico, le direttive non correttamente attuate, decorso il termine a tal fine concesso, possono produrre effetti diretti di creazione di diritti ed obblighi nei rapporti tra Stati membri e privati *soltanto* ove esse contengano disposizioni sufficientemente precise ed incondizionate, vale a dire se sia possibile, sulla sola base della norma comunitaria, identificare il soggetto attivo e quello passivo del diritto attribuito ai singoli, nonché il preciso contenuto di tale diritto, con esclusione di qualsiasi discrezionalità dello Stato membro in sede di attuazione.

Così, secondo la Corte di Giustizia: "*in tutti i casi in cui disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere fatte valere, in mancanza di provvedimenti d'attuazione adottati entro i termini, per opporsi a qualsiasi disposizione di diritto interno non conforme alla direttiva, ovvero, inoltre, in quanto sono atte a definire diritti che i singoli possono far valere nei confronti dello Stato (v., in particolare, sentenze 19 gennaio 1982, causa 8/81,* Becker, *punto 25; 10 settembre 2002, causa C-141/00,* Kügler, *punto 51, e 20 maggio 2003, causa riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01,* Österreichischer Rundfunk e a., *punto 98)*" (C. Giust., 17 febbraio

2005, cause riunite C-453/02 e C-462/02, *Finanzamt Gladbeck c. Linneweber*).

Affinché il privato possa vantare diritti sulla base della direttiva occorre che questa:

- non sia stata attuata in modo corretto e tempestivo;
- contenga disposizioni sufficientemente precise ed incondizionate.

Nessuna delle due condizioni ricorre con riferimento alle disposizioni del NQNC ricordate dalla Corte di Lussemburgo nella pronuncia resa nel presente caso, come peraltro risulta dalla stessa decisione, che ha implicitamente escluso che alle direttive possa attribuirsi efficacia diretta, quanto meno allo scopo di attribuire all'appellante un diritto all'ottenimento di frequenze.

Le direttive del NQNC *sono state tempestivamente attuate* in Italia attraverso il d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche).

Il Codice delle comunicazioni elettroniche, come i successivi l. 112/04 e d.lgs. 177/05, contiene norme dirette ad assicurare che i procedimenti di allocazione dei diritti d'uso delle frequenze si svolgano in maniera trasparente, proporzionata e non discriminatoria.

L'art. 14, d.lgs. 259/03 prevede, in particolare, che: "*Il Ministero e l'Autorità, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione efficiente delle radiofrequenze per i servizi di comunicazione elettronica ... La predisposizione dei piani di ripartizione, a cura del Ministero, e dei piani di assegnazione, a cura*

dell'Autorità, è fondata su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati".

Ciò premesso per quanto riguarda l'atto pianificatorio, i procedimenti di concessione di diritti d'uso sulle frequenze radio sono quindi disciplinati dai successivi artt. 27 e segg.

In generale, l'art. 27, comma 5 prevede che: "*Fatti salvi criteri e procedure specifici previsti dalla normativa vigente in materia di concessione di diritti di uso delle frequenze radio ai fornitori di servizi di contenuto radiofonico o televisivo, i diritti di uso sono concessi mediante procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie*".

Il comma 7 prevede il ricorso a procedure di assegnazione "competitive o comparative", che dovranno in ogni caso svolgersi nell'osservanza dell'art. 29.

Quest'ultima disposizione chiarisce che i procedimenti di assegnazione dovranno in ogni caso svolgersi secondo modalità pubbliche, in applicazione di "*criteri di selezione obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori*", definiti dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

L'art. 12, comma 4, l. 112/04, ora sostituito dall'identico art. 42, comma 2, d.lgs. 177/05, prevedeva a sua volta, con specifico riferimento all'assegnazione di diritti d'uso di frequenze destinate alla radiotelevisione, che "*l'assegnazione delle frequenze avviene secondo criteri pubblici, obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati*".

Come la stessa Corte di Giustizia ha chiarito, né l'art. 49 del Trattato né il NQNC obbligano all'immediata rimozione dei diritti d'uso esistenti, vale a dire alla distruzione delle reti in esercizio, auspicata dall'appellante; viceversa, essi mirano al progressivo "*riordino*" degli stessi, secondo quanto precisato al n. 78 della pronuncia resa dalla Corte comunitaria nel caso presente.

In quest'ottica, l'attuale diritto interno, in modo del tutto conforme alla direttiva, stabilisce che i futuri procedimenti, *comparativi* o *competitivi*, di assegnazione di frequenze si svolgano nel rispetto dei principi di efficiente sfruttamento dello spettro, trasparenza e non discriminazione.

Posto che le direttive del NQNC sono state correttamente attuate in Italia, difetta comunque anche l'ulteriore presupposto della diretta efficacia delle medesime, rappresentato dalla natura *self-executing* delle disposizioni da cui dovrebbero derivare situazioni soggettive comunitarie dell'appellante.

In tema di risorse dello spettro frequenziale la direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro) prevede infatti, tra l'altro, che "*Gli Stati membri provvedono alla gestione efficiente delle radiofrequenze per i servizi di comunicazione elettronica nel loro territorio*"; e "*a che l'allocazione e l'assegnazione di tali radiofrequenze da parte delle autorità nazionali di regolamentazione siano fondate su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e non proporzionati*" (art. 9, comma 1).